

Trimestriel ■ 35^e année ■ N° 138 ■ 1^{er} avril 2024

REVUE TRIMESTRIELLE DES DROITS DE L'HOMME

<http://www.rtdh.eu>



NEMESIS



ANTHEMIS

Comité scientifique

Président d'honneur: **Pierre LAMBERT** †, fondateur de la *Revue*.

Président: **Frédéric KRENC**, juge à la Cour européenne des droits de l'homme.

Fl. BENOÎT-ROHMER, professeure des Universités, présidente de l'Université Robert Schuman à Strasbourg.

V. BERGER, ancien juriconsulte de la Cour européenne des droits de l'homme, avocat au barreau de Paris, professeur au Collège d'Europe.

Fr. BILTGEN, juge à la Cour de justice de l'Union européenne.

M. BOSSUYT, président émérite de la Cour constitutionnelle (b.) et professeur émérite de l'Université d'Anvers.

E. BREMS, professeure à l'Université de Gand.

L. BURGORGUE-LARSEN, professeure à la Sorbonne.

J. CALLEWAERT, greffier adjoint de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme et professeur à l'Université de Spire et à l'Université catholique de Louvain.

C. CHAINAIS, professeure à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

Chr. CHARRIÈRE-BOURNAZEL, ancien bâtonnier du barreau de Paris.

J.-P. COT, professeur émérite de l'Université de Paris I et juge au Tribunal international du droit de la mer.

E. DECAUX, professeur émérite de l'Université Paris II et président de la Fondation René Cassin.

P. de FONTBRESSIN, avocat au barreau de Paris et maître de conférences à l'Université de Paris XI.

B. DEJEMEPEPE, conseiller émérite à la Cour de cassation (b.).

Fr. DELPÉRÉE, professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

M. DE SALVIA, ancien greffier et juriconsulte de la Cour européenne des droits de l'homme.

O. DE SCHUTTER, professeur à l'Université catholique de Louvain.

R. ERGEC, professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles et de l'Université du Luxembourg.

G. HAARSCHER, professeur émérite de l'Université libre de Bruxelles.

M. HERTIG, professeure à l'Université de Genève.

M. HOTTÉLIER, professeur émérite à l'Université de Genève.

E. LEMMENS, ancien bâtonnier du barreau de Liège.

G. MALINVERNI, ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme et professeur émérite de l'Université de Genève.

J.-P. MARGUÉNAUD, professeur à l'Université de Limoges, Institut européen des droits de l'homme (Université Montpellier I).

P. MARTENS, président émérite de la Cour constitutionnelle (b.) et chargé de cours honoraire de l'Université de Liège et de l'Université libre de Bruxelles.

H. MOCK, ambassadeur de Suisse auprès du Royaume d'Espagne et de la Principauté d'Andorre.

A. NUSSBERGER, ancienne vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme.

Y. OSCHINSKY, ancien bâtonnier et président de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles.

P. PARARAS, ancien vice-président du Conseil d'État (gr.) et professeur émérite de l'Université Démocrite de Thrace.

G. RAIMONDI, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme.

L.-A. SICILIANOS, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme.

D. SPIELMANN, ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme et président de chambre au Tribunal de l'Union européenne.

Fr. SUDRE, professeur émérite de l'Université Montpellier I.

H. TIGROUDJA, membre du Comité des droits de l'homme des Nations Unies.

S. TOUZÉ, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et directeur de l'Institut international des droits de l'homme.

Fr. TULKENS, ancienne vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme et professeure émérite de l'Université catholique de Louvain.

J. VAN COMPERNOLLE, professeur émérite de l'Université catholique de Louvain.

P. VANDERNOOT, président de chambre émérite au Conseil d'État (b.) et maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles.

M. VERDUSSEN, professeur à l'Université catholique de Louvain.

P. WACHSMANN, professeur émérite de l'Université de Strasbourg.

**La lutte contre les discours de haine
après l'arrêt *Sanchez* :
chacun est-il responsable de tous¹⁻² ?**

(obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch.,
arrêt *Sanchez c. France*, 15 mai 2023)

PAR

Youri MOSSOUX

*Assistant à l'UCLouvain – Saint-Louis – Bruxelles (CIRC)
Référéndaire à la Cour constitutionnelle de Belgique*

ET

Cécile PIETQUIN

Juriste

Résumé

Par son arrêt *Sanchez c. France*, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que la condamnation pénale d'une personnalité politique pour s'être abstenu de supprimer les commentaires haineux publiés par des tiers sur le mur de son compte Facebook était une ingérence admissible dans la liberté d'expression. Cet arrêt, qui étend le champ d'application de la jurisprudence initiée par l'arrêt *Delfi AS c. Estonie*, pose la question de l'admissibilité de la responsabilité pénale d'une personne physique à l'occasion du fait d'autrui à l'aune des droits fondamentaux qui sont en conflit dans la lutte contre le discours de haine.

¹ En référence à Saint-Exupéry : « Chacun est responsable. Chacun est seul responsable. Chacun est seul responsable de tous » (« Pilote de guerre », in *Œuvres complètes*, t. II, Gallimard, Paris, 1999, p. 213).

² Nous remercions Jogchum Vrieling pour sa relecture attentive du projet d'article et ses judicieuses observations et Sophie Vincent pour sa relecture minutieuse et ses suggestions approfondies et fructueuses. Nous sommes également reconnaissants au petit Alexandre de nous avoir permis de voler quelques heures du précieux temps de sa maman, Morgane Borres, pour une relecture tout aussi précieuse.

Abstract

In its judgment in *Sanchez v. France*, the European Court of Human Rights ruled that the criminal conviction of a politician for failing to remove hateful comments posted by third parties on the wall of his Facebook account was a permissible interference with freedom of expression. This judgment, which extends the scope of the case law initiated in *Delfi AS v. Estonia*, raises the question of the admissibility of an individual's criminal liability for the acts of others in the light of the fundamental rights which are in conflict in the fight against hate speech.

Introduction

Le 15 mai 2023, la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après : la Cour) a rendu, en Grande Chambre, un arrêt par lequel elle a jugé que la France n'avait pas violé l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après : la Convention) en infligeant une amende pénale à un homme politique pour s'être abstenu de supprimer les commentaires islamophobes publiés par des tiers sur le mur de son compte Facebook accessible au public. Par son arrêt, la Cour décide que la responsabilité pénale engagée à l'occasion du fait d'autrui peut être une restriction admissible de la liberté d'expression. Ce faisant, elle étend le champ d'application de la jurisprudence initiée par l'arrêt « Delfi »³, qui semblait être limité à l'admissibilité de la responsabilité civile d'une entreprise de médias pour les commentaires publiés sur son portail d'actualités. L'extension de cette jurisprudence ne relevait pas de l'évidence dès lors que l'arrêt *Delfi*, qui a fait couler beaucoup d'encre, avait soulevé une série d'objections de la part de la doctrine. Dès lors que c'est, pour la première fois, une personne physique qui est jugée responsable, la question se pose de savoir si de prochains développements de la jurisprudence s'étendront au-delà des secteurs des médias et de la politique, le cas échéant, jusqu'aux particuliers qui administrent leur propre compte Facebook. Après avoir résumé l'arrêt *Sanchez* et son contexte factuel et juridique (I), nous analysons la jurisprudence de la Cour relative à la responsabilité à l'occasion du fait d'autrui (II) ainsi que la jurisprudence relative à la protection contre les discours de haine (III). Les mécanismes de responsabilité à l'occasion des discours de haine tenus par autrui constituent, en effet, des ingérences dans

³ Voy. *infra*.

la liberté d'expression, mais aussi des mesures de protection de la vie privée, de la liberté de religion et du droit de ne pas être discriminé. Il s'ensuit, et il s'agit du cœur de ce commentaire, que nous examinons l'extension de la responsabilité de lutter contre les discours de haine⁴ à l'aune de l'équilibre entre les droits fondamentaux en cause, ce qui nous permet de proposer des pistes de réflexion quant aux conditions dans lesquelles les États membres pourraient, selon nous, mettre en place des régimes de responsabilité pénale à l'occasion des propos d'autrui (IV)⁵.

I. Exposé du contexte et résumé de l'arrêt

Faits et procédure interne. Au moment des faits, le requérant est candidat du Front National⁶ aux élections législatives pour la circonscription de Nîmes. Le 24 octobre 2011, il poste sur son mur Facebook, accessible au public⁷ et géré personnellement, un message critiquant un adversaire politique par rapport au lancement du site internet de ce dernier. Le même jour, plusieurs commentaires islamophobes sont publiés par deux personnes en réponse à ce message. L'un des commentaires vise directement la compagne de l'adversaire politique dont question. Celle-ci porte un prénom à consonance maghrébine. Le premier commentateur supprime son commentaire dès le lendemain, interpellé directement par la compagne de l'adversaire politique visé, nommée « Leila T. » dans l'arrêt de la Cour. Les autres commentaires, quant à eux, restent visibles

⁴ Dans le cadre de cette étude, on peut définir le discours de haine comme étant « le fait de prôner, de promouvoir ou d'encourager sous quelque forme que ce soit, le dénigrement, la haine ou la diffamation d'une personne ou d'un groupe de personnes ainsi que le harcèlement, l'injure, les stéréotypes négatifs, la stigmatisation ou la menace envers une personne ou un groupe de personnes et la justification de tous les types précédents d'expression au motif de la 'race', de la couleur, de l'origine familiale, nationale ou ethnique, de l'âge, du handicap, de la langue, de la religion ou des convictions, du sexe, du genre, de l'identité de genre, de l'orientation sexuelle, d'autres caractéristiques personnelles ou de statut » (Recommandation de politique générale n° 15 de l'ECRI du 8 décembre 2015 « sur la lutte contre le discours de haine », CRI(2016)15, p. 3).

⁵ L'arrêt *Sanchez* a déjà fait l'objet de deux commentaires par J. VAN DE KERHOF, « *Sanchez v. France* : The expansion of intermediary liability in the context of online hate speech », *Strasbourg Observers*, 17 juillet 2023, disponible sur <https://strasbourgobservers.com/2023/07/17/sanchez-v-france-the-expansion-of-intermediary-liability-in-the-context-of-online-hate-speech/> (consulté le 26 juillet 2023), et par M. BAGHDADASARYAN, « *Sanchez v. France* : Are the expanded liability rules foreseeable for social media users ? », *Strasbourg Observers*, 4 août 2023, disponible sur <https://strasbourgobservers.com/2023/08/04/sanchez-v-france-are-the-expanded-liability-rules-foreseeable-for-social-media-users/> (consulté le 4 août 2023).

⁶ Désormais Rassemblement National.

⁷ Le « mur » était visible par le public, mais seuls les « amis » du requérant pouvaient poster des réponses.

sur le mur, tandis que le requérant publie, le 27 octobre 2011, un message invitant ses « amis » à « surveiller le contenu de leurs commentaires », sans pour autant supprimer les commentaires litigieux. Leila T. ayant déposé une plainte, le requérant ainsi que les commentateurs sont entendus dans le courant du mois de janvier 2012. Quelques jours avant son audition, le requérant supprime le caractère public de son mur Facebook⁸.

S'en est ensuivie une procédure devant les juridictions pénales françaises, tant à l'encontre des commentateurs que du requérant, pour des faits de provocation à la haine ou à la violence à l'égard d'un groupe de personnes, notamment la compagne de l'adversaire politique du requérant, en raison de « leur origine ou de leur appartenance à une ethnie, nation, race ou religion déterminée »⁹. Bien que n'étant pas l'auteur des propos litigieux, le requérant a été condamné en qualité de « producteur » sur le fondement des articles 23, alinéa 1^{er}, et 24, alinéa 8, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et de l'article 93-3 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.

Les articles 23 et 24 de la loi du 29 juillet 1881 érigent en infraction pénale la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence, à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes, notamment en raison de leur appartenance à une ethnie, une nation ou une religion déterminée, entre autres si cette provocation a lieu par des moyens de communication au public par voie électronique. L'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, quant à lui, prévoit une responsabilité, dans le cas où une infraction d'incitation à la haine a lieu par voie électronique, pour le directeur de la publication. Il est également prévu qu'à défaut de directeur de la publication, l'auteur, et à défaut de ce dernier, le producteur est poursuivi comme auteur principal de l'infraction. Selon la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel, le producteur est « la personne qui a pris l'initiative de créer un service de communication au public en ligne en vue d'échanger des opinions sur des thèmes définis à l'avance »¹⁰. L'article 93-3 prévoit également que si le directeur ou le codirecteur de la publication est mis en cause, l'auteur sera poursuivi comme complice¹¹. En

⁸ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Sanchez c. France*, 15 mai 2023, §§ 12 à 23 (ci-après : *Sanchez*).

⁹ *Sanchez*, § 24.

¹⁰ Cette notion n'a pas été définie dans la loi elle-même, mais notamment dans la décision du Conseil constitutionnel n° 2011-164 QPC du 16 décembre 2011. Il résulte de cette définition que la notion de « producteur » au sens du droit français ne correspond pas à la notion de « fournisseur d'un service intermédiaire » au sens du règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques, de sorte que la simple application de ce règlement ne constitue pas une solution pour faire face aux situations telles que celle qui a donné lieu à l'arrêt commenté.

¹¹ Voy. E. DERIEUX, *Droit des médias – droit français, européen et international*, 7^e éd., LGDJ, Paris, 2015, p. 404.

outre, bien que cela puisse paraître contre-intuitif au regard du texte de l'article 93-3 (« à défaut de l'auteur »), il résulte du principe de l'indépendance des poursuites que le ministère public peut poursuivre tous les responsables lorsqu'ils sont identifiés de sorte que le producteur peut être poursuivi en parallèle de l'auteur des propos.

Il ressort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹² et de la Cour de cassation¹³ que, dans le cas d'une publication par voie électronique, la responsabilité pénale du producteur ne peut être engagée que s'il avait connaissance des messages avant leur mise en ligne ou s'il s'est abstenu d'agir promptement pour les retirer dès le moment où il en a eu connaissance.

À la suite des condamnations par les juridictions nîmoises et du rejet du pourvoi en cassation du requérant par la Cour de cassation, le requérant a introduit une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme le 15 septembre 2015.

Décision de la Cour. La Cour a jugé que la condamnation pénale du requérant ne viole pas l'article 10 de la Convention. L'affaire a d'abord fait l'objet d'un arrêt rendu par la V^e section le 2 septembre 2021, basé sur un raisonnement similaire, quoique moins détaillé, sur lequel nous ne nous étendons pas¹⁴. La Grande Chambre a rendu, sur recours, un arrêt qui aboutit à la même conclusion.

En ce qui concerne la prévisibilité de la sanction, la Cour considère que tant la définition du producteur que l'application conjointe du régime de responsabilité en cascade et du principe de l'indépendance des poursuites font l'objet d'une jurisprudence bien établie par la Cour de cassation¹⁵. La Cour en infère que l'interprétation retenue par les juridictions internes n'est ni arbitraire, ni manifestement déraisonnable. Elle rappelle que le caractère inédit d'une sanction n'entraîne pas nécessairement son imprévisibilité, à partir du moment où

¹² Cons. const., décision n° 2011-164 QPC, 16 décembre 2011, § 7.

¹³ Cass. (fr.) (ch. crim.), 31 janvier 2012, n° 10-80.010, *Bull. crim.*, n° 233.

¹⁴ Cour eur. dr. h., V^e Section, *Sanchez c. France*, 2 septembre 2021. Voy. N. ALKIVIADOU, « The Internet, Internet Intermediaries and Hate Speech : Freedom of Expression in Decline ? », *SCRIPTed*, 2023, vol. 20/1, pp. 264-267 ; K. LEMMENS, « Freedom of Expression on the Internet after *Sanchez v. France* : How the European Court of Human Rights Accepts Third-Party 'Censorship' », *ECHR Law*, 2022, pp. 525-550 ; P. KORPISAARI, « From *Delfi* to *Sanchez* – When can an online communication platform be responsible for third-party comments ? An analysis of the practice of the ECtHR and some reflections on the Digital Services Act », *J. Media L.*, 2022, vol. 14/2, pp. 369-371 ; J. MAO et M. GUO, « On the Regulation of Racist Speech », *J. Hum. Rts.*, 2022, vol. 21/5, pp. 974-978.

¹⁵ *Sanchez*, § 138.

il s'agissait d'une interprétation possible de la norme. Il s'agissait en effet de la première fois qu'un individu était condamné en raison de la diffusion sur son mur de commentaires dont il n'est pas l'auteur¹⁶.

Quant au but légitime, la Cour se contente de rappeler que celui-ci relève de la réputation ou des droits d'autrui, ainsi que la défense de l'ordre et la prévention du crime¹⁷.

La Cour développe ensuite son raisonnement quant à la nécessité de l'ingérence, reprenant en substance les différents critères retenus dans le cadre de l'affaire *Delfi*¹⁸, qui porte également sur la liberté d'expression sur internet. La Cour analyse le contexte des commentaires, les mesures appliquées par le requérant pour retirer les commentaires publiés, la possibilité que les auteurs soient tenus pour responsables plutôt que le requérant, et enfin les conséquences de la procédure interne pour celui-ci.

La Cour relève d'abord que les commentaires tendaient clairement à associer le groupe des personnes de confession musulmane à la délinquance. Elle reconnaît que, bien que le contexte dans lequel s'inscrivaient les commentaires était très spécifique¹⁹, l'impact d'un discours raciste et xénophobe est d'autant plus dommageable dans un contexte sociopolitique caractérisé par des tensions au sein de la population. Combinés à la virulence et à la vulgarité des termes employés, ainsi qu'à leur tonalité générale, les propos relevaient sans conteste du discours de haine²⁰. La Cour consacre ensuite une section à la responsabilité du requérant en raison de propos publiés par des tiers. La Cour distingue le compte Facebook du requérant d'un « grand portail d'actualités sur Internet exploité à titre professionnel et à des fins commerciales »²¹, énonçant que le cas d'espèce impose de se prononcer sur la responsabilité d'un homme politique utilisant les réseaux sociaux à des fins électorales²², et notamment en mettant à disposition un forum accessible au public. La Cour estime que la législation

¹⁶ *Sanchez*, §§ 129 à 142. Voy. l'analyse des opinions dissidentes de l'arrêt par M. BAGHDADASARYAN, *op. cit.*

¹⁷ *Sanchez*, §§ 143-144.

¹⁸ Cour eur. dr. h., Gde Ch., *Delfi AS c. Estonie*, 16 juin 2015 (ci-après : *Delfi*) ; voy. *infra*.

¹⁹ En l'occurrence, puisqu'ils émanaient d'un citoyen s'exprimant sur le mur Facebook d'un candidat politique en campagne électorale, dont il partageait les idées, et à propos de la situation locale qu'il dénonçait.

²⁰ *Sanchez*, §§ 169 à 178.

²¹ Dont il était question dans l'arrêt *Delfi*.

²² La Cour a par ailleurs relevé que le requérant était non seulement un professionnel de la politique, mais disposait également d'une expérience spécifique dans le numérique, en ce qu'il s'était occupé de « la stratégie Internet du FN [...] pendant 7 ans », selon le site internet de la mairie de Beaucaire.

française relative à la responsabilité du producteur en de telles circonstances n'est pas problématique, dès lors qu'elle est assortie de garanties et qu'elle intervient dans le cadre d'une responsabilité partagée entre divers intervenants. La Cour soulève la nécessité de prévoir une responsabilité des différents acteurs impliqués dans la mise en place de forums sur des réseaux sociaux, tout en reconnaissant la difficulté de surveiller effectivement les commentaires postés sur le mur d'un titulaire de compte Facebook par ce dernier. Enfin, la Cour reconnaît la marge d'appréciation des juridictions internes, estimant que ces dernières étaient plus à même d'apprécier si les termes employés relevaient du discours de haine ou non²³.

Concernant les mesures adoptées par le requérant, la Cour a retenu que ce dernier, rompu à la communication publique²⁴, avait choisi de rendre son mur Facebook accessible à tous, et qu'il devait être conscient des risques de débordements, au vu du contexte local tendu. La Cour a par ailleurs considéré que son appel à ses « amis » à « surveiller le contenu de leurs commentaires »²⁵ démontre à tout le moins qu'il avait conscience que ces derniers étaient critiquables, et qu'il avait dès lors manqué à un devoir de contrôle minimal²⁶. La Cour a également considéré que, bien que le commentaire faisant référence à Leila T. avait promptement été supprimé, le requérant avait été condamné à juste titre pour l'ensemble des commentaires postés, qui constituait un « dialogue itératif formant un ensemble homogène »²⁷, et que sa condamnation à l'égard de la partie civile restait justifiée. La Cour souligne aussi que la responsabilité de l'individu augmente avec son degré de responsabilité et de notoriété²⁸.

Quant à la possibilité de retenir la responsabilité des auteurs des commentaires litigieux, la Cour a rappelé que le requérant a été condamné en tant que « producteur », et dès lors pour des faits distincts des auteurs des commentaires litigieux²⁹.

Enfin, sur les conséquences de la procédure, la Cour a tenu compte de la peine maximale encourue par le requérant, soit un an d'emprisonnement et

²³ *Sanchez*, §§ 179-189.

²⁴ La Cour relève particulièrement qu'il se décrit comme « un professionnel de la stratégie de communication sur internet », § 195.

²⁵ *Sanchez*, § 194.

²⁶ La Cour a considéré comme étant essentielle la circonstance que le billet à l'origine des messages litigieux avait suscité une quinzaine de commentaires, ce qui démentait la défense du requérant selon laquelle il avait un nombre d'« amis » trop important pour être en mesure de contrôler les commentaires postés sous ses messages.

²⁷ *Sanchez*, § 197.

²⁸ *Sanchez*, §§ 190-201.

²⁹ *Sanchez*, §§ 202 à 204.

45.000 euros d'amende, et a constaté qu'il n'avait finalement été condamné qu'à une amende de 3.000 euros en degré d'appel, ainsi qu'à une somme de 1.000 euros couvrant les dépens de la partie civile, sans que d'autres sanctions n'aient été prononcées ou que le requérant n'ait été dissuadé de faire usage de sa liberté d'expression par la suite³⁰.

La Cour en conclut que la décision des juridictions internes reposait sur des motifs pertinents et suffisants, de sorte que l'article 10 de la Convention n'est pas violé.

II. La responsabilité à l'occasion du fait d'autrui dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Le requérant a été condamné alors que le discours de haine a été tenu par d'autres. Peut-on considérer que le droit français met en place un régime de responsabilité pénale pour autrui³¹ ?

L'enjeu de la qualification est important, car le principe de la présomption d'innocence et le principe de légalité en droit pénal ont pour conséquence « l'interdiction de punir une personne alors que l'infraction a été commise par un autre »³².

En l'espèce, le requérant n'a toutefois pas été condamné pour le fait d'autrui, mais pour s'être abstenu de mettre fin au discours de haine tenu par un tiers alors qu'il en avait connaissance et disposait des moyens de supprimer les commentaires. S'il est vrai que sa responsabilité pénale est mise en cause « à l'occasion du fait d'autrui »³³ (les commentaires litigieux), elle n'est pas engagée « du fait d'autrui » ou « pour le fait d'autrui », mais pour son propre fait.

³⁰ *Sanchez*, §§ 205 à 208.

³¹ Certains auteurs estiment que c'est le cas (E. DERIEUX, *op. cit.*, p. 402). C'est également une analyse que le requérant a faite en plaidoirie lors de l'audience devant la Grande Chambre.

³² Voy., concernant l'article 7 de la Convention : Cour eur. dr. h., arrêt *G.I.E.M. S.R.L. e.a. c. Italie*, 28 juin 2018, § 271, *adde* § 242 et § 251 ; arrêt *Varvara c. Italie*, 29 octobre 2013, §§ 63, 66, 69 et 71 ; voy. aussi, déjà, arrêt *Sud Fondi SRL e.a. c. Italie*, 20 janvier 2009, § 116. Concernant l'article 6, § 2 : interdiction de punir l'héritier pour des actes du défunt : arrêt *A.P., M.P. et T.P. c. Suisse*, 29 août 1997, § 48 ; arrêt *Lagardère c. France*, 12 avril 2012, § 77. Comparez avec arrêt *Dilipak et Karakaya c. Turquie*, 4 mars 2014, § 144 (condamnation au paiement *in solidum* d'une indemnité). Voy. l'incidence des droits de la défense et du principe du contradictoire : arrêt *Delespesse c. Belgique*, 27 mars 2008, §§ 28-31 ; arrêt *Goktepe c. Belgique*, 2 juin 2005, §§ 28-30.

³³ Sur cette notion, voy., par exemple, dans la doctrine belge, Fr. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. III. L'auteur de l'infraction pénale, Larcier, Bruxelles, 2020, p. 47, note 120, et pp. 49, 56-57, 164-165 et 166-167.

Ce type de régime de responsabilité n'est pas prohibé dans son principe par la Convention. Il ressort toutefois de la jurisprudence qu'il n'est admissible qu'à certaines conditions. La jurisprudence s'est essentiellement développée en matière de liberté de réunion et de liberté d'expression³⁴. Nous nous focalisons sur la liberté d'expression.

La presse est en effet régulièrement au cœur de ces questions, la responsabilité se partageant potentiellement entre l'auteur, l'éditeur, l'imprimeur, tandis que les journalistes sont parfois inquiétés pour avoir reproduit des propos pénalement répréhensibles. La Cour développe certaines nuances en fonction du type de support utilisé.

Tant pour la presse écrite que pour la presse audiovisuelle³⁵, la Cour reconnaît que l'éditeur, en participant à la liberté d'expression, partage les « devoirs et responsabilités » des auteurs qu'il publie, mais que, vu l'importance de sa contribution aux discussions de problèmes d'intérêt général, sa condamnation ne peut se concevoir « sans raisons particulièrement sérieuses »³⁶. La Cour observe généralement l'attitude de l'éditeur ou du journaliste, et notamment si une certaine distance a été prise par rapport aux propos relatés³⁷, ou si ceux-ci ont fait l'objet de commentaires permettant de les nuancer³⁸. La Cour tient

³⁴ Ce constat se base sur un examen de l'ensemble des guides sur la jurisprudence et des fiches thématiques publiées sur le site internet de la Cour. Pour rappel, l'article 11 est la *lex specialis* de l'article 10 (Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Navalny c. Russie*, 15 novembre 2018, § 101).

³⁵ La Cour souligne, concernant la presse audiovisuelle, l'impact « beaucoup plus immédiat et puissant » de celle-ci ; voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Jersild c. Danemark*, 23 septembre 1994, § 34.

³⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Orban c. France*, 15 avril 2009, § 52 ; la Cour considère en général qu'il convient d'apporter une protection particulièrement élevée aux éditeurs, dont l'activité se trouve au cœur de ce que la liberté d'expression entend protéger ; voy. notamment Cour eur. dr. h., arrêt *M.L. et W.W. c. Allemagne*, 26 juin 2018.

³⁷ *Orban c. France*, préc., § 46 ; la Cour examine notamment si des réserves ont été formulées quant aux propos rapportés – voy. en ce sens arrêt *Brunet-Lecompte et Lyon Mag' c. France*, 6 août 2010, §§ 44 et s. ; pour la presse audiovisuelle, voy. *Jersild c. Danemark*, préc., § 34 ; dans cette affaire, un journaliste interviewait des jeunes membres d'une mouvance raciste, et des propos extrêmes avaient été relatés par le journaliste. Une opinion dissidente signée par cinq des douze juges soulignait qu'il aurait à tout le moins fallu qu'une déclaration de réprobation claire soit émise par rapport aux propos tenus par les jeunes interviewés, et que le journaliste n'avait pas pris suffisamment de distance par rapport à ceux-ci ; voy. également arrêt *Thoma c. Luxembourg*, 29 mars 2001, § 64, dans lequel la Cour a considéré que le journaliste s'était suffisamment distancé en ce qu'il avait systématiquement pris la peine de dire qu'il allait citer un confrère, et qu'il avait lui-même souligné que les propos relatés étaient « pimentés » ; voy. également arrêt *Brunet-Lecomte e.a. c. France*, 5 février 2009, § 47.

³⁸ *Brunet-Lecomte e.a. c. France*, préc., §§ 49 et s. Dans cette affaire, la Cour avait notamment observé que la société éditrice n'avait fait aucun commentaire pour nuancer l'interview relatée et avait au contraire ajouté des commentaires pour crédibiliser les propos de la personne interviewée.

également compte de l'impact potentiel de la diffusion et du public visé³⁹, du fait que les propos relatés soient présentés dans un certain contexte, et que la parole soit donnée aux autres protagonistes impliqués⁴⁰. De tels critères sont aussi observés concernant les propos publiés sur internet, la Cour ne manquant pas de souligner sa capacité à emmagasiner et diffuser de l'information, cette diffusion pouvant intervenir dans le monde entier et en quelques secondes, et demeurer en ligne pendant une très longue durée. Le potentiel d'atteinte à des droits fondamentaux, lorsqu'il s'agit de propos tels que des discours diffamatoires ou appelant à la haine ou à la violence, en est évidemment augmenté⁴¹.

Dans ce contexte, et plus proche de l'arrêt qui nous occupe, la Cour a développé une jurisprudence spécifique aux portails d'actualité en ligne, en tant qu'éditeurs titulaires de devoirs et responsabilités spécifiques. À cet égard, l'arrêt *Delfi AS c. Estonie* est particulier et mérite que l'on s'y arrête⁴². Delfi est un portail d'actualités sur internet estonien où sont publiés chaque jour des centaines d'articles sur l'actualité des pays baltes. Environ 10.000 commentaires sont générés chaque jour par les internautes, souvent sous pseudonyme. La publication d'un article sur la destruction d'une route de glace par une société de ferries⁴³ a déclenché une salve de commentaires haineux et menaçants envers l'actionnaire unique de la société, dont certains relevaient du discours de haine. La société Delfi fut condamnée, au terme d'une procé-

³⁹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, 22 octobre 2007, § 66.

⁴⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*, 20 mai 1999, §§ 65 et s. ; dans cet arrêt, la Cour a notamment tenu compte du fait que le quotidien avait publié de nombreux reportages sur la problématique dont il était question, dont le point de vue des autres parties impliquées.

⁴¹ *Delfi*, § 110 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Annen c. Allemagne*, 26 novembre 2015, § 67 ; la Cour souligne que cela signifie notamment qu'en raison de cette caractéristique, internet n'est pas, et ne sera probablement jamais, soumis aux mêmes règles et au même contrôle que ceux qui s'imposent à la presse écrite ; voy. notamment Cour eur. dr. h., arrêt *Comité de rédaction de Pravoye Delo et Shtekel c. Ukraine*, 5 mai 2011, § 63.

⁴² L'arrêt a fait l'objet de nombreuses analyses doctrinales. Voy. notamment P. KORPISAARI, *op. cit.*, pp. 361-365 ; N. ALKIVIADOU, *op. cit.*, pp. 261-264 ; R. SPANO, « Intermediary Liability for Online User Comments under the European Convention on Human Rights », *Hum. Rights L. Rev.*, 2017, pp. 665-679. Sur la cohérence de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg avec le droit de l'Union européenne et avec les instruments internationaux, questions qui ne seront pas abordées dans le cadre de ce commentaire, voy. L. BRUNNER, « The Liability of an Online Intermediary for Third Party Content : The Watchdog Becomes the Monitor : Intermediary Liability after *Delfi v. Estonia* », *Hum. Rights L. Rev.*, 2016, pp. 164-170 ; C. ANGELOPOULOS et S. SMET, « Notice-and-Fair-Balance : How to Reach a Compromise between Fundamental Rights in European Intermediary Liability », *J. Media L.*, 2016, vol. 8, p. 266.

⁴³ Ces routes de glace sont utilisées par les locaux afin de relier certaines îles en voiture, sans devoir prendre le bateau, plus onéreux.

de réputation interne, pour atteinte portée à la réputation de l'actionnaire de la société de ferries, et notamment en raison de l'absence de système de retrait rapide des commentaires postés par les utilisateurs du portail. Delfi a ensuite porté l'affaire devant la Cour.

La Cour a développé quatre critères permettant de déterminer s'il existait une obligation pour un opérateur commercial – la jurisprudence *Delfi* ne concerne que cette catégorie d'acteurs – de supprimer des commentaires postés par des tiers : le contexte et la teneur des commentaires ; la responsabilité des auteurs des commentaires ; les mesures prises par les opérateurs et la conduite de la partie lésée ; les conséquences pour la partie lésée et pour les opérateurs. Ces critères seront repris dans la jurisprudence ultérieure. Il importe de souligner que le portail d'actualités en question comportait un système de retrait sur notification (« notice and take down ») : les personnes s'estimant victimes de propos diffamatoires pouvaient alerter la société requérante, qui supprimait alors le commentaire litigieux. La Cour a conclu à l'absence de violation de l'article 10 de la Convention, se fondant notamment sur l'absence de mesures suffisantes prises pour retirer les commentaires, et ce, même en l'absence de notification par une victime⁴⁴.

Cet arrêt a fait l'objet de vives critiques en doctrine, tant au niveau de l'examen de légalité que de nécessité. Le degré de contrôle exigé par la Cour, qui implique un retrait sans délai des commentaires grâce à un système de filtrage, ne semble précisément possible que grâce à une surveillance constante de tous les commentaires publiés⁴⁵, ce qui avait pourtant été écarté par la Cour⁴⁶. Cet aspect distingue, selon les juges ayant rendu une opinion dissidente, un portail d'actualités d'un éditeur classique : ce dernier a en effet un pouvoir de contrôle sur les articles qui sont publiés dans son journal, tandis que le premier n'a pas de possibilité de contrôler en amont les commentaires si ce n'est par un système de filtrage généralisé, et n'a pas de contrôle sur les personnes qui postent ces commentaires, qui sont bien souvent non identifiées⁴⁷. Enfin, comme le relèvent Étienne Montero et Quentin Van Enis, la qualification d'un propos comme discours de haine ou comme incitant à la violence est un « exercice de qualification [qui] suppose une appréciation

⁴⁴ *Delfi*, § 159.

⁴⁵ Voy. plus généralement sur cette question : F. FROSI, « The Death of No Monitoring Obligations », *J. Intell. Prop. Info. Tech. & Elec. Com. L.*, 2017, pp. 199 et s.

⁴⁶ *Delfi*, § 156, et l'opinion concordante commune aux juges Raimondi, Karakas, De Gaetano et Kjolbro, § 13, et l'opinion dissidente commune aux juges Sajo et Tsotsoria, § 35 ; E. MONTERO et Q. VAN ENIS, « Les gestionnaires de forums et portails d'actualités cueillis à froid par la Cour de Strasbourg ? », *cette Revue*, 2016, pp. 975-976.

⁴⁷ À rapprocher de L. BRUNNER, *op. cit.*, p. 171.

approfondie de la volonté de l'auteur, et de l'ensemble des circonstances pertinentes de la cause »⁴⁸. La conséquence risque fortement d'être que les détenteurs de portails d'actualités, et plus largement les « intermédiaires actifs » ou détenteurs de blogs exerceront une censure privée ou fermeront leur espace commentaire, empêchant par là le débat public, pourtant sur des questions d'intérêt général⁴⁹⁻⁵⁰.

La souplesse de la Cour en matière de restrictions à la liberté d'expression lorsque celles-ci permettent de lutter contre les discours de haine peut s'expliquer par le fait que ces discours portent atteinte à d'autres droits fondamentaux.

III. La protection contre les discours de haine

Les États membres du Conseil de l'Europe peuvent être condamnés par la Cour pour ne pas avoir prévenu ou fait cesser des discours de haine. Étant donné que les pouvoirs publics disposent de *l'imperium*, il va de soi qu'ils disposent des moyens de prévenir ou de faire cesser l'atteinte aux droits fondamentaux commise par des tiers. Peut-on, en prolongeant le raisonnement, estimer que les États membres sont tenus, en vertu de leurs obligations positives, de mettre en place un régime de responsabilité pénale de personnes privées, placées, elles aussi, dans une forme de position dominante ou qui à tout le moins disposent des moyens nécessaires pour prévenir ou faire cesser le discours de haine, mais ne l'ont pas fait ?

Pour répondre à cette question, nous nous sommes penchés sur la jurisprudence relative à l'obligation de lutter contre les discours de haine qui résulte de l'application des articles 8, 9 et 14 de la Convention. Les résultats de la recherche ont, toutefois, été peu concluants.

Certes, le droit à la vie privée⁵¹ et la liberté de religion⁵² combinés le cas échéant à l'interdiction des discriminations imposent aux États de protéger les personnes contre les discours de haine. Ceci concerne également les discours

⁴⁸ E. MONTERO et Q. VAN ENIS, *op. cit.*, p. 976.

⁴⁹ L. BRUNNER, *op. cit.*, p. 172.

⁵⁰ La Cour a semblé relativiser la portée de cette jurisprudence, notamment dans son arrêt *Magyar Tartalomsgazdálkodók Egyesülete et Index.hu Zrt c. Hongrie* du 2 février 2016, dans lequel elle a précisé que l'arrêt *Delfi* était propre au discours de haine, et dans son arrêt *Magyar Jeti ZRT c. Hongrie* du 4 décembre 2018, dans lequel elle a à nouveau invoqué la nécessité de déterminer si le journaliste avait connaissance du caractère illicite des propos relatés, et du fait de savoir s'il s'en était distancé.

⁵¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Király et Dömötör c. Hongrie*, 17 janvier 2017, § 43.

⁵² Cour eur. dr. h., arrêt *Karaahmed c. Bulgarie*, 24 février 2015, § 94.

de haine dirigés contre un groupe sans qu'il soit nécessaire que ses membres soient directement et personnellement visés par les propos⁵³.

Toutefois, ceci n'implique pas forcément que la protection contre le discours de haine doit prendre la forme d'une sanction pénale. En la matière, la jurisprudence de la Cour fait dans la dentelle. D'une part, elle estime qu'il ne peut être recouru aux sanctions pénales infligées contre les discours de haine les plus graves, tels que l'incitation à la violence, qu'en dernier recours⁵⁴. D'autre part, elle estime que, pour les « actes graves » qui portent atteinte à un « aspect essentiel de la vie privée », seuls des mécanismes effectifs de droit pénal peuvent garantir une protection efficace et constituer un facteur de dissuasion⁵⁵, par exemple lorsqu'un traitement motivé par des préjugés n'atteint pas le degré de gravité requis sous l'angle de l'article 3⁵⁶, mais constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée, notamment en cas de harcèlement à caractère raciste (consistant en des insultes et des menaces physiques)⁵⁷. En revanche, lorsque l'ingérence causée par les discours de haine est de moindre gravité, des recours civils peuvent suffire⁵⁸.

En outre, si l'on se rapproche du type de discours de haine en cause dans l'arrêt commenté, il faut constater que jusqu'à présent, la Cour n'a pas eu à connaître d'affaires dans lesquelles il était reproché à l'État de ne pas avoir *pénalisé* les discours de haine dirigés contre un groupe abstrait de personnes sans que des

⁵³ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Aksu c. Turquie*, 15 mars 2012, §§ 53-54 (concernant la qualité de victime) et § 60 (concernant l'atteinte à l'article 8). L'application de l'article 8 de la Convention est soumise à un seuil de gravité : *ibid.*, § 58, et par la suite, arrêt *Budinova et Chaprazov c. Bulgarie*, 16 février 2021, §§ 56 et 61 ; arrêt *Behar et Gutman c. Bulgarie*, 16 février 2021, §§ 60 et 65 ; arrêt *Lewit c. Autriche*, 10 octobre 2019, § 46 ; décision *Panayotova e.a. c. Bulgarie*, 7 mai 2019, § 56 ; *Király et Dömötör c. Hongrie*, préc., § 41 ; arrêt *Perinçek c. Suisse*, 15 octobre 2015, § 200 ; arrêt *R.B. c. Hongrie*, 12 avril 2016, § 78.

⁵⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Association Accept e.a. c. Roumanie*, 1^{er} juin 2021, § 102 ; arrêt *Beizaras et Levickas c. Lituanie*, 14 janvier 2020, §§ 111 et 128. Ceci découle de l'exigence de nécessité de la mesure.

⁵⁵ *Association Accept e.a. c. Roumanie*, préc., § 101 ; *Beizaras et Levickas c. Lituanie*, préc., § 110.

⁵⁶ En pratique, l'application de l'article 3 requiert, en règle, que les violences verbales soient combinées avec des violences physiques (par exemple : Cour eur. dr. h., arrêt *Women's initiatives supporting group e.a. c. Géorgie*, 16 décembre 2021, § 60 ; arrêt *Volodina c. Russie*, 9 juillet 2019, §§ 74-75 ; arrêt *M.C. et A.C. c. Roumanie*, 12 avril 2016, § 116) ou avec d'autres types d'interventions physiques (arrêt *Tunikova e.a. c. Russie*, 14 décembre 2021, § 76). Voy. toutefois arrêt *Oganeczova c. Arménie*, 17 mai 2022, §§ 91, 94 et 117-122 ; arrêt *Aghdgomelashvili et Japaridze c. Géorgie*, 8 octobre 2020, §§ 47-48.

⁵⁷ *R.B. c. Hongrie*, préc., § 84. Voy. également *Association Accept e.a. c. Roumanie*, préc., § 102 ; *Beizaras et Levickas c. Lituanie*, préc., § 111 *in fine*.

⁵⁸ *Király et Dömötör c. Hongrie*, préc., § 61. Voy. aussi *Panayotova e.a. c. Bulgarie*, préc., § 58 ; *Association Accept e.a. c. Roumanie*, préc., § 119 ; *Beizaras et Levickas c. Lituanie*, préc., § 125.

membres soient individuellement visés. Il est vrai que dans les affaires *Aksu*, *Karahmed*, *R.B.* et *Alkovic*, la Cour s'est prononcée sur des dispositifs juridiques qui pénalisent, notamment, les discours de haine dirigés contre un groupe. Elle a estimé que ces dispositifs constituaient des protections efficaces de la vie privée⁵⁹ ou de la liberté de religion⁶⁰. Toutefois, dans les affaires *Karahmed*, *R.B.* et *Alkovic*, bien que la disposition de droit interne mise en œuvre visait également les discours de haine dirigés contre un groupe, ce sont des insultes et des menaces dirigées contre des personnes identifiées qui étaient en cause, de sorte que l'on ne peut rien inférer de ces arrêts. Dans l'affaire *Aksu*, le requérant n'a pas démontré que les publications litigieuses, relatives aux Tsiganes, avaient une intention ou un effet discriminatoires⁶¹. En tout état de cause, la Cour n'a pas été amenée à se prononcer sur la question de savoir si la responsabilité pénale pour un discours de haine dirigé contre un groupe était une condition *sine qua non* pour la mise en place d'un régime de protection efficace de la vie privée. Elle ne s'est pas davantage prononcée sur un régime de responsabilité pour l'abstention de prévenir ou de mettre fin au discours de haine d'autrui⁶².

Au regard des développements qui précèdent, l'on peut comprendre que la France n'ait pas invoqué les articles 8, 9 et 14 de la Convention pour affirmer qu'elle était tenue de poursuivre Monsieur Sanchez. Il n'en demeure pas moins que le dispositif de responsabilité du producteur doit être considéré comme l'une des mises en œuvre possibles des articles 8 et 9, lus, le cas échéant, en combinaison avec l'article 14 de la Convention, de sorte que l'affaire *Sanchez c. France* doit être appréhendée comme un conflit entre les droits fondamentaux qui offrent une protection contre les discours de haine, d'une part, et la liberté d'expression⁶³, d'autre part⁶⁴. Pour rappel, les autorités nationales

⁵⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Alković c. Monténégro*, 5 décembre 2017, § 68 *juncto* § 38.

⁶⁰ *Karahmed c. Bulgarie*, préc., § 110.

⁶¹ *Aksu c. Turquie*, préc., § 45. Voy. l'opinion dissidente de la juge Gyuluman.

⁶² Dans l'affaire *Lewit c. Autriche*, préc., la Cour a examiné la mise en œuvre, par les juridictions nationales, du régime de responsabilité objective du propriétaire d'une publication, sans se prononcer sur le régime en soi (§ 33). En outre, il s'agissait d'un régime de responsabilité civile. Dans l'arrêt *Karahmed c. Bulgarie*, préc., la Cour a jugé que le cadre légal bulgare qui prévoyait des sanctions pénales pour les instigateurs de violences de haine collectives physiques ou verbales (§§ 53-54) était un dispositif juridique approprié pour la protection de la liberté de religion (§ 110). Le régime juridique ne visait toutefois pas les personnes qui s'abstiennent de prévenir ou de mettre fin aux violences de haine.

⁶³ Tant celle du requérant dans l'affaire *Sanchez* que celle des autres utilisateurs du réseau social qui pourraient être affectés par des mesures de contrôle plus strictes. Voy., sur la question du conflit de droits fondamentaux : C. ANGELOPOULOS et S. SMET, *op. cit.*, pp. 267 et s.

⁶⁴ Le même raisonnement ne peut, en règle, pas être fait lorsqu'on analyse la situation des auteurs de commentaires haineux étant donné que ceux-ci seront en principe déchus de leur droit à la liberté d'expression (*Delfi*, § 136).

disposent d'une marge d'appréciation pour déterminer l'équilibre adéquat entre les droits en conflit dès lors que la Cour a régulièrement jugé qu'il n'existe « aucun rapport de subordination » entre ceux-ci⁶⁵.

IV. L'extension de la responsabilité de lutter contre les discours de haine examinée à l'aune de l'équilibre entre les droits fondamentaux en cause

Comme nous l'avons vu, dans l'ordre juridique de la Convention, les États membres peuvent, à certaines conditions, être condamnés pour l'abstention de prévenir ou de mettre fin à une atteinte aux droits fondamentaux causée par un particulier. En réfléchissant par analogie avec le droit de la responsabilité, la doctrine a, de façon convaincante, mis en exergue les conditions auxquelles la Cour condamne un État pour une abstention. Ainsi l'on peut constater qu'une condamnation requiert implicitement une faute, un dommage et un lien de causalité entre les deux. Pour apprécier la faute, il faut notamment prendre en considération trois exigences : la connaissance du dommage ou du risque de dommage, le caractère raisonnable des efforts demandés, l'effectivité des mesures à prendre pour empêcher ou mettre fin au dommage⁶⁶. La faute doit, en outre, être imputable à la personne concernée.

On peut comprendre qu'un État estime qu'afin de lutter efficacement contre les discours de haine, il est, en pratique, nécessaire d'engager la responsabilité d'acteurs privés qui ne sont pas les auteurs du discours, mais qui disposent des moyens pour y mettre fin. On pense au premier chef aux grandes plateformes numériques. Toutefois, lorsqu'un État veut étendre aux personnes privées la responsabilité de protéger les droits fondamentaux, il ne saurait être admis que ces personnes voient leur responsabilité civile ou pénale engagée à

⁶⁵ *Budinova et Chaprazov c. Bulgarie*, préc., § 89 ; *Behar et Gutman c. Bulgarie*, préc., § 100 ; *Aksu c. Turquie*, préc., §§ 63 et 64 (la Cour rappelle que dans une société démocratique, pluraliste, tolérante et ouverte, la liberté d'expression vaut également pour les propose qui « heurtent, choquent ou inquiètent »). En cas de conflit entre la liberté d'expression et un autre droit fondamental, l'issue ne saurait varier selon que la requête a été portée devant la Cour, sous l'angle de ce droit fondamental, par la personne faisant l'objet des propos litigieux ou, sous l'angle de l'article 10, par leur auteur (*Perinçek c. Suisse*, préc., § 198 ; arrêt *Jeziar c. Pologne*, 4 juin 2020, § 52). Voy. toutefois *Panayotova e.a. c. Bulgarie*, préc., § 63, qui limite la portée de l'arrêt *Perinçek*.

⁶⁶ L. LAVRYSEN, « Causation and Positive Obligations under the European Convention on Human Rights : A Reply to Vladislava Stoyanova », *Hum. Rights L. Rev.*, 2018, pp. 705 et s. Voy. aussi V. STOYANOVA, « Causation between State Omission and Harm within the Framework of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights », *Hum. Rights L. Rev.*, 2018, pp. 309 et s.

des conditions moins strictes que les conditions, évoquées ci-dessus, qui s'appliquent aux États membres, au risque de rompre l'équilibre entre les droits fondamentaux. La prise en compte de ces conditions permet d'éviter que la mesure soit disproportionnée en dissuadant de manière excessive les citoyens de faire usage de leur liberté d'expression, de participer à la vie démocratique ou de se présenter à un mandat électif⁶⁷.

Nous examinons le contrôle de proportionnalité effectué par la Cour dans l'arrêt commenté ainsi que dans l'arrêt *Delfi* à l'aune de ces conditions⁶⁸. Cette analyse nous permettra de recommander des adaptations de la jurisprudence et d'identifier des pistes de réflexion quant aux circonstances dans lesquelles les États membres pourraient, selon nous, mettre en place des régimes de responsabilité pénale à l'occasion des propos d'autrui qui ménagent un équilibre entre la liberté d'expression, d'une part, et le droit à la vie privée, la liberté de religion et le droit à la non-discrimination, d'autre part.

Le dommage apparaît de manière manifeste dans l'arrêt *Sanchez*. Il s'agit de l'assimilation des musulmans avec l'insécurité de la ville et de l'incitation à la haine qui en résulte⁶⁹. L'incitation à la haine se retrouvait clairement dans les commentaires publiés sur le portail Delfi (notamment l'antisémitisme⁷⁰). Le dommage est accentué, dans les deux arrêts, en raison du support utilisé – la publication sur internet étant susceptible de provoquer une large diffusion des propos haineux⁷¹ – et, dans l'arrêt *Sanchez*, du contexte électoral⁷². La Cour n'examine toutefois pas, explicitement, le dommage concret subi sous l'angle de l'atteinte au droit à la vie privée ou à la liberté de religion des personnes visées par les discours de haine, de sorte qu'elle se limite à appréhender explicitement le conflit de droits fondamentaux dans l'exposé des principes de droit⁷³. Il est vrai qu'il n'en découle pas pour

⁶⁷ En matière de liberté de réunion, la Cour juge que sont disproportionnées les sanctions pénales infligées aux organisateurs de manifestations lors desquelles des propos illégaux ont été tenus, notamment en raison du fait que ces sanctions ont un effet dissuasif (« chilling effect ») pour l'exercice de la liberté concernée (Cour eur. dr. h., arrêt *Kemal Çetin c. Turquie*, 26 mai 2020, § 54).

⁶⁸ Nous évoquerons également de manière incidente l'arrêt *Jeziar c. Pologne*, préc., qui ne concerne toutefois pas un discours de haine fondé sur un critère suspect.

⁶⁹ *Sanchez*, §§ 15, 16 et 170-178. Voy. les réserves de J. VAN DE KERKHOFF, *op. cit.* ; K. LEMMENS, *op. cit.*, pp. 531-533 et 543-544 ; N. ALKIVIADOU, *op. cit.*, p. 266. Comparez avec P. KORPISAARI, *op. cit.*, pp. 356 et 370.

⁷⁰ *Delfi*, § 18.

⁷¹ *Delfi*, § 133 *juncto* § 110. C'est plus implicite dans *Sanchez*, §§ 176 et 193 (compte public).

⁷² *Sanchez*, § 176.

⁷³ *Sanchez*, § 162 ; *Delfi*, §§ 110 et 137-139. Dès lors que la Cour n'estime pas que les requérants seraient déchus de leur liberté d'expression (voy. explicitement dans l'arrêt *Delfi*, §§ 136 et 140, et implicitement dans l'arrêt *Sanchez*), cette liberté est en conflit avec les droits qui assurent une protection contre les discours de haine.

autant que la Cour aurait négligé d'avoir égard aux exigences de la protection contre les discours de haine, notamment au paragraphe 184 de l'arrêt commenté. Il n'en demeure pas moins que la motivation des arrêts aurait gagné en force et en clarté en étant plus explicite quant à la mise en balance des droits en jeu.

Le lien de causalité apparaît également de manière claire dans ces deux affaires étant donné que l'abstention de supprimer les commentaires litigieux est une cause directe de la (prolongation de la) diffusion du discours de haine.

Les éléments pris en considération dans les arrêts *Delfi* et *Sanchez* ont principalement trait à la caractérisation de la « faute » des requérants. C'est en raison du fait que les autorités nationales ont pu estimer que les requérants avaient commis une faute qu'il n'était pas disproportionné de mettre en cause leur responsabilité. Nous examinons comment, par son contrôle des quatre critères précités de la jurisprudence *Delfi/Sanchez*, la Cour caractérise implicitement la faute au regard des exigences que sont l'imputabilité de celle-ci à la personne concernée, la connaissance du dommage ou du risque de dommage, le caractère raisonnable des efforts demandés, l'effectivité des mesures à prendre pour empêcher ou mettre fin au dommage.

La Cour examine la question de l'imputabilité lorsqu'elle se demande si c'est la responsabilité de l'auteur du commentaire qui doit être retenue plutôt que celle des requérants. À titre liminaire, il faut remarquer que les commentaires en cause dans l'affaire *Delfi* étaient principalement anonymes, ce qui compliquait l'identification de leurs auteurs, étant donné que le portail d'actualités n'avait pas pris de mesures à cette fin, tandis que, dans l'affaire *Sanchez*, les auteurs de commentaires étaient identifiés d'emblée et ont été condamnés. Dans l'arrêt *Delfi*, la Cour a jugé qu'il n'était pas disproportionné de laisser aux victimes le choix d'engager la responsabilité civile de l'entreprise de médias plutôt que celle des auteurs des commentaires⁷⁴. Dans l'arrêt commenté, la Cour estime que le requérant s'est vu reprocher son manque de vigilance et de réaction concernant certains commentaires publiés⁷⁵ de sorte que « les faits reprochés sont distincts de ceux commis par les auteurs de commentaires illicites et régis par un tout autre régime de responsabilité »⁷⁶. Il n'a donc pas été poursuivi en lieu et place des auteurs de commentaires et pouvait être condamné en parallèle de ceux-ci⁷⁷.

⁷⁴ *Delfi*, § 151.

⁷⁵ *Sanchez*, § 181.

⁷⁶ *Sanchez*, § 202.

⁷⁷ *Sanchez*, § 203. À titre de comparaison, en droit belge, de telles condamnations en parallèle seraient incompatibles avec l'article 25 de la Constitution, qui prévoit un régime de responsabilité en cascade exclusif sans indépendance des poursuites. Voy. K. LEMMENS, *op. cit.*, pp. 536-537, 542-543 et 546-548.

Il peut se déduire de ce qui a été dit concernant le lien de causalité que la suppression des commentaires est une mesure effective pour mettre fin au préjudice. Contrairement à sa jurisprudence en matière de liberté de réunion⁷⁸, la Cour n'a, en revanche, pas considéré qu'un appel à la modération constituait une mesure effective pour exonérer le requérant dans l'affaire *Sanchez* de sa responsabilité⁷⁹. Au contraire, l'appel à la modération est l'un des éléments sur lequel se fonde la Cour pour estimer que le requérant avait conscience que les commentaires publiés étaient critiquables et qu'il avait dès lors manqué à son devoir de contrôle. Bien que le raisonnement de la Cour puisse se comprendre, l'on peut se demander si, paradoxalement, il n'en résultera pas que certaines personnes préféreront ne pas publier d'appel à la modération⁸⁰.

Dans la motivation des arrêts, le premier aspect qui justifie la mise en cause de la responsabilité des requérants est la nature des commentaires et le contexte dans lequel ils ont été tenus. Ces développements permettent de comprendre que, selon la Cour, le standard de diligence élevé quant aux efforts qui peuvent raisonnablement être attendus des requérants et à leur connaissance du risque de dommage est justifié par le fait que les commentaires relèvent du discours de haine⁸¹, par les activités des requérants (la gestion d'un portail d'actualités national⁸², d'une part, et l'activité politique⁸³, d'autre part), par l'expertise des requérants en matière de

⁷⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Mesut Yıldız e.a. c. Turquie*, 18 juillet 2017, § 34. *Adde* : arrêt *İmrek c. Turquie*, 10 novembre 2020, § 36 ; *Kemal Çetin c. Turquie*, préc., § 47. Voy. aussi arrêt *Razvozhayev c. Russie et Ukraine*, 19 novembre 2019, §§ 290-293.

⁷⁹ Il est vrai que l'affaire *Sanchez* se distingue des affaires en matière de liberté de réunion, précitées, pour deux raisons : d'une part, les écrits publiés sur internet ont vocation à rester publics durant un certain temps, ce qui n'est pas le cas des propos tenus oralement lors d'une manifestation ; d'autre part, le producteur était capable de supprimer unilatéralement les commentaires, tandis que les organisateurs d'une manifestation peuvent appeler au calme, mais ne seront pas forcément entendus ou obéis. Pour mettre fin à la manifestation, l'organisateur a besoin de la coopération des manifestants (voy. *Razvozhayev c. Russie et Ukraine*, préc., § 293) ou de faire appel aux autorités (*İmrek c. Turquie*, préc., §§ 34-35).

⁸⁰ Voy., tout de même, l'arrêt *Jeziar c. Pologne*, préc., en matière de liberté d'expression sur internet (hors discours de haine), dans lequel la Cour juge que l'appel à la modération fait partie d'un ensemble d'éléments permettant de conclure que le requérant a pris des mesures adéquates pour empêcher ou supprimer les commentaires (§ 56). Il n'y a, selon nous, pas de raison de ne pas prendre en compte cet élément lorsqu'un discours de haine est en cause, même s'il est vrai qu'il ne devrait pas, à lui seul, exonérer le requérant.

⁸¹ *Delfi*, § 140 ; *Sanchez*, §§ 149-150, 153, 156-157, 172-178 (le fait que les commentaires correspondent au programme d'un parti politique ne permet pas de préconiser la discrimination raciale), 184-185 et 207.

⁸² *Delfi*, § 144.

⁸³ *Sanchez*, §§ 150-151, 153, 180, 185 (implicitement), 187-189, 193.

communication⁸⁴ et par le fait qu'ils avaient la volonté et les moyens de toucher un public large et de susciter des commentaires, le cas échéant polémiques, soit pour des raisons commerciales⁸⁵, soit pour des raisons électorales⁸⁶.

Les développements qui précèdent appellent de premières observations. Dans l'arrêt *Delfi*, la Cour a pris soin de limiter la portée de son arrêt à la situation d'« un grand portail d'actualités sur Internet exploité à titre professionnel et à des fins commerciales, qui publie des articles sur l'actualité rédigés par ses services et qui invite les lecteurs à les commenter »⁸⁷. Elle a explicitement indiqué que l'affaire ne concernait pas « les plateformes de médias sociaux où le fournisseur de la plateforme ne produit aucun contenu et où le fournisseur de contenu peut être un particulier administrant un site ou un blog dans le cadre de ses loisirs »⁸⁸. L'admissibilité de la condamnation

⁸⁴ Dans l'arrêt *Delfi*, cette expertise est directement déduite du fait que la société Delfi exploite le portail d'actualités en qualité de professionnel (§§ 112, 115, 122, 129, 144, 160, 162). En revanche, dans l'arrêt *Sanchez*, la Cour se livre à un examen *in concreto* pour conclure que le requérant a une expertise professionnelle dans le domaine de la communication (§§ 180, 185, 193). La qualité d'homme politique ne permet donc pas de la présumer.

⁸⁵ *Delfi*, § 144. La Cour s'attache aussi à montrer que la société Delfi n'était pas un prestataire passif de services purement techniques, mais que, dans un but économique, elle invitait les internautes à publier des commentaires sous les articles et qu'elle était la seule à pouvoir supprimer ces commentaires (§§ 144-146).

⁸⁶ *Sanchez*, §§ 153, 176, 180, 187, 189, 193. La Cour estime que le requérant devait avoir conscience qu'en rendant sa page publique dans le contexte local et électoral tendu, il prenait un plus grand risque que des excès soient commis et diffusés auprès d'un plus large public. (§ 193). L'arrêt *Sanchez* mérite d'être comparé avec l'arrêt *Jeziar c. Pologne*. Dans cette affaire, des propos diffamatoires envers le maire d'une commune avaient été tenus sur le blog d'un candidat à une élection municipale. La Cour a eu égard aux faits que le requérant administrait son blog politique à titre gratuit, que l'intérêt de celui-ci se limitait aux seuls résidents de la commune et que le blog était utile pour la collectivité (§ 55). On peut supposer que l'attitude plus sévère de la Cour dans l'affaire *Sanchez* (dans laquelle la page Facebook est également administrée gratuitement, les propos concernent la ville de Nîmes et le débat a lieu dans un contexte électoral) s'explique principalement en raison du fait que les propos litigieux relèvent du discours de haine. Cela étant, l'atteinte à la réputation est également prohibée par l'article 8 de la Convention. On peut donc inférer de la comparaison des deux arrêts que les discours de haine tendent à porter atteinte au noyau dur du droit à la vie privée. La Cour a également pris en considération le fait que le requérant disposait de responsabilités et de moyens supérieurs à un candidat à une élection municipale (§ 201 ; voy. *infra*).

⁸⁷ *Delfi*, § 115.

⁸⁸ *Delfi*, § 116. Sur la portée de cette limitation, voy. R. SPANO, *op. cit.*, p. 676 ; P. Korpisaari, *op. cit.*, p. 363. Pour une critique, voy. L. BRUNNER, *op. cit.*, pp. 171-173. Sur la liberté d'expression sur les réseaux sociaux, voy. Q. PIRONNET, « La liberté d'expression sur les réseaux sociaux : théorie et pratiques d'une réalité multiple et ambivalente », in Fr. Krenc, Fr. Bouhon et Chr. Deprez (dir.), *Actualités choisies des droits fondamentaux*, coll. CUP, vol. 210, Anthemis, Liège, 2022, pp. 63-110.

d'une personnalité politique, titulaire d'une page Facebook, à l'occasion du discours de haine d'autrui n'allait donc pas de soi, et ce, d'autant plus que, dans l'affaire *Sanchez*, la responsabilité pénale était en cause et les auteurs des commentaires étaient identifiés⁸⁹. Dès lors que la jurisprudence initiée par l'arrêt *Delfi* s'étend manifestement au-delà des grands portails d'actualité sur internet exploités à des fins commerciales, l'on peut se demander où s'arrêtera son champ d'application.

La Cour justifie la « responsabilité du requérant en raison de propos publiés par des tiers » en se fondant sur la qualité d'élu et de professionnel de la politique⁹⁰ du requérant, l'utilisation de son compte à des fins politiques et dans un contexte électoral et son expertise dans le domaine du numérique⁹¹. Elle souligne également que la responsabilité du titulaire de la page Facebook est partagée avec celle des autres intervenants, notamment les hébergeurs⁹². La motivation de l'arrêt ne permet pas de déterminer si la Cour appréhende ces éléments en tant que conditions *sine qua non* pour admettre la compatibilité de la mise en cause de la responsabilité du requérant avec l'article 10 de la Convention ou s'il s'agit plutôt d'un faisceau d'indices.

Dès lors que l'arrêt commenté concerne une personne physique, titulaire d'un compte Facebook, qui reçoit des commentaires en réponse à ses publications, on peut comprendre qu'il suscite la crainte qu'à l'avenir, la Cour étende davantage sa jurisprudence relative à l'admissibilité des restrictions à la liberté d'expression. Cette jurisprudence peut-elle, par exemple, encore s'étendre à des activistes ou des chercheurs en matière de droits humains qui publient sur les réseaux sociaux un billet concernant leurs activités ? Le billet est, le cas échéant, publié dans un contexte tendu. La communication

⁸⁹ Comparez avec R. SPANO, *op. cit.*, p. 677. Voy. les critiques de K. LEMMENS, *op. cit.*, pp. 535-536 et 538 sur l'arrêt de la chambre.

⁹⁰ La Cour rappelle toutefois que, s'il est possible de faire peser sur ces professionnels des obligations particulières, ceci doit aller de pair avec les droits relatifs à ce statut, lesquels doivent être pris en compte par les juridictions internes. La Cour ne tire néanmoins pas de réelle conséquence du fait que la Cour d'appel de Nîmes n'a pas pris en compte ces principes (*Sanchez*, § 188). Dans l'arrêt *Jeziar c. Pologne*, préc., où le requérant était candidat à une élection municipale, la Cour n'a pas évoqué le fait qu'il lui incombait une « responsabilité particulière ». Elle a toutefois examiné l'affaire au regard des mêmes facteurs que dans les affaires *Sanchez* et *Delfi* (§§ 53 et s.). Les mesures préventives et curatives mises en place par le requérant contre les commentaires diffamatoires ont été déterminantes dans le constat de violation de l'article 10 de la Convention (§ 60).

⁹¹ *Sanchez*, § 180. Sur la responsabilité particulière des personnalités politiques, voy. J. MAO et M. GUO, *op. cit.*, pp. 975-978 ; Th. HOCHMANN, « Hate speech online : the government as regulator and as speaker », *J. Media L.*, 2022, vol. 14/1, pp. 146-158.

⁹² Elle considère également que les juridictions nationales étaient les mieux placées pour appréhender les tensions locales (*Sanchez*, § 189).

au public fait partie de leurs activités professionnelles normales. Pourraient-ils donc être tenus pour pénalement responsables de ne pas avoir identifié et supprimé suffisamment rapidement les commentaires racistes répondant à leur billet ? Faut-il, au contraire, estimer que les médias et la politique sont les seuls secteurs concernés ? La Cour ne ferme, en toute hypothèse, pas la porte à une forme de responsabilité du « particulier », qui ne doit même pas être un « professionnel », même si elle reconnaît qu'il « aura moins d'obligations »⁹³. Il est vrai que, dans l'affaire *Sanchez*, les juridictions nationales disposaient d'éléments pour présumer que le requérant avait connaissance des commentaires litigieux. Or, l'on peut supposer que l'activiste et le chercheur supprimeront promptement les commentaires s'ils en ont connaissance – le cas échéant après avoir porté plainte. Toutefois, encore faut-il savoir quelles sont les conditions qui permettent d'admettre que les juridictions nationales présument cette connaissance. Dans un souci de sécurité juridique, il eût été préférable de fixer d'emblée certaines limites claires à la portée de la jurisprudence en ayant égard aux exigences selon lesquelles la personne responsable doit avoir connaissance du dommage et les efforts qui lui sont demandés doivent rester raisonnables.

C'est dans le cadre de l'évaluation du troisième critère jurisprudentiel, à savoir les mesures prises par les requérants, que ces deux exigences sont les plus prégnantes. La société Delfi disposait de moyens importants pour avoir connaissance du préjudice dès lors que son site internet était doté d'un système de *notice and take down* qui permettait aux utilisateurs de signaler les commentaires litigieux et d'une fonction de retrait automatique des commentaires sur la base de la racine de certains mots grossiers et que la société pouvait identifier les articles qui généraient le plus grand nombre de commentaires⁹⁴. La mise en cause de sa responsabilité était néanmoins justifiée au motif que le système de retrait automatique était manifestement défaillant et qu'on ne peut compter sur le fait que, pour compenser, les victimes surveillent continuellement internet afin de pouvoir demander le retrait des propos litigieux⁹⁵. La question de la connaissance du dommage ou du risque de dommage n'est pas abordée explicitement, mais l'on peut inférer de ce qui précède que la Cour a estimé que l'ignorance de la société Delfi découlait de son manque de vigilance de sorte qu'elle *aurait dû* connaître le dommage ou, à tout le moins, le risque abstrait de dommage. Il s'agissait toutefois d'une entreprise de médias d'envergure nationale. En revanche, le titulaire d'un compte Facebook ne dispose évidemment pas du même système que

⁹³ *Sanchez*, § 201.

⁹⁴ *Delfi*, §§ 152 et 155.

⁹⁵ *Delfi*, §§ 156-159.

la société Delfi, puisque le signalement éventuel de commentaires est contrôlé par Facebook lui-même⁹⁶. Dans le cadre du système mis en place sur le site, l'interpellation directe (par exemple, via messagerie privée) était le seul moyen qu'avait le requérant de recevoir une notification, ce qui n'a pas eu lieu en l'espèce.

Dans l'arrêt commenté, la Cour soutient qu'un minimum de contrôle *a posteriori* ou de filtrage préalable par l'hébergeur ou par le titulaire de compte est souhaitable. Elle estime que le titulaire de compte ne saurait opposer aux États un droit à l'impunité⁹⁷. Dans les développements relatifs à la « responsabilité du requérant en raison de propos publiés par des tiers », elle reconnaît que le requérant utilisait son compte à des fins non commerciales, ne maîtrisait pas totalement la gestion des commentaires et ne disposait pas d'un procédé de filtrage préalable (si ce n'est en rendant son compte non public). Elle estime que « la surveillance effective de tous les commentaires d'un compte connaissant une fréquentation très importante, était de nature à imposer une disponibilité ou le recours à des moyens significatifs, voire considérables ». Toutefois, ces arguments n'ont pas remis en cause sa conclusion, et ce, au motif qu'en l'absence de responsabilité du producteur, le discours de haine serait facilité. La Cour relève que la sévérité du régime de responsabilité du producteur est tempérée par le fait que la responsabilité est partagée avec celle de l'hébergeur et qu'elle doit être graduée en fonction de la situation objective de chacun⁹⁸.

La Cour entreprend ensuite de déterminer quelles mesures le requérant devait ou pouvait raisonnablement prendre. Elle estime que si l'on ne peut reprocher au requérant d'avoir rendu son compte public, il aurait dû avoir conscience du risque accru de débordements et d'excès dans cette hypothèse. Elle a également égard à la circonstance que le requérant a accepté les conditions du réseau social. Elle met en exergue, et c'est important, le fait qu'après qu'il a publié un appel à surveiller le contenu des commentaires, le requérant n'a pas supprimé les commentaires litigieux, ni même vérifié ou fait vérifier leur contenu alors qu'il avait été alerté dès le lendemain des faits par le premier commentateur d'une altercation avec Leila T. concernant une partie de ces commentaires⁹⁹. À l'argument du requérant selon lequel les commentaires consistaient en des monologues indépendants de

⁹⁶ Voy. J. VAN DE KERKHOFF, *op. cit.* Comparez avec l'arrêt *Jeziar c. Pologne*. Dans cette affaire, la Cour a eu égard aux diverses mesures qu'avait prises le requérant dans la gestion de son blog personnel (notification des nouveaux contenus, contrôle ponctuel par un proche de l'intéressé, appel à la modération, retrait à très bref délai des propos litigieux). Elle a jugé qu'il serait excessif et irréaliste de demander au requérant qu'il anticipe que certains commentaires non filtrés pourraient être illicites (§§ 56-60).

⁹⁷ *Sanchez*, § 190.

⁹⁸ *Sanchez*, § 185.

⁹⁹ *Sanchez*, §§ 191-194.

son billet initial, la Cour a répondu par un raisonnement un peu tortueux. Elle estime qu'il s'agissait, au contraire, d'un dialogue, formant un ensemble homogène. Bien que le premier commentaire islamophobe ait été supprimé par son auteur en moins de vingt-quatre heures, le requérant a pu être condamné à dédommager Leila T., étant donné que la suppression n'a eu lieu qu'après la publication des seconds commentaires, qui poursuivaient le discours islamophobe et qui sont, quant à eux, restés visibles plusieurs mois¹⁰⁰. En pratique, durant la période de campagne électorale, l'homme politique expert en communication publique qui est informé par un de ses « amis » qu'un commentaire problématique vient d'être supprimé de son « mur » ne doit pas estimer que le problème est dès lors réglé, il doit encore vérifier s'il ne reste pas d'autres commentaires illicites – à tout le moins s'il déclare consulter son compte tous les jours. Si la Cour reconnaît que les juridictions nationales n'ont pas motivé leurs décisions concernant ce dernier point, elle juge que dès lors que seule une quinzaine de commentaires avaient été publiés en réponse au billet du requérant, « la question des difficultés posées par la fréquentation potentiellement trop importante d'un compte ouvert par un homme politique, ainsi que des moyens nécessaires pour en assurer une surveillance effective [...] ne se pose clairement pas en l'espèce »¹⁰¹. Le raisonnement de la Cour implique toutefois que la capacité à surveiller les commentaires publiés en réponse à un billet peut varier au jour le jour (voire publication par publication) en fonction du nombre de réponses publiées.

On peut identifier, dans l'arrêt *Sanchez*, trois conceptions (implicites) de l'exigence de connaissance du dommage ou du risque de dommage : le requérant n'a pas pris de mesures adéquates alors qu'existait un risque général et *abstrait* – qu'il devait connaître – qu'un ou plusieurs commentaires haineux soient publiés à un moment ou un autre¹⁰² (1) ; il n'a pas pris de telles mesures alors qu'il disposait d'éléments particuliers de nature à lui démontrer l'existence d'un risque *concret* que des commentaires haineux aient été publiés en réponse à son billet¹⁰³ (2) ; il n'a pas pris de mesures alors qu'il avait une *connaissance effective*

¹⁰⁰ *Sanchez*, §§ 195-197 *juncto* § 32.

¹⁰¹ *Sanchez*, § 200.

¹⁰² *Sanchez*, § 193 : la Cour a égard à la qualité d'homme politique et d'expert en communication du requérant afin d'estimer qu'il devait « avoir conscience d'un risque » de débordements en rendant sur mur public.

¹⁰³ *Sanchez*, §§ 194 et 200 : la Cour estime que le requérant « avait à tout le moins conscience des problèmes posés par certaines publications sur son mur » et « était effectivement informé des problèmes susceptibles d'être soulevés par les autres commentaires » étant donné qu'il avait publié un appel à la modération, qu'il n'a pas supprimé les commentaires litigieux, ni même vérifié ou fait vérifier leur contenu alors qu'il avait été alerté dès le lendemain par le premier commentateur d'une altercation avec Leila T. concernant certains commentaires et que seule une quinzaine de commentaires avaient été publiés à la suite de son billet.

des commentaires haineux publiés (3)¹⁰⁴. La première conception correspond au degré d'exigence de la jurisprudence *Delfi*. La deuxième conception est plus sévère puisque le risque doit être concret. Il serait cohérent d'être plus exigeant quant à la connaissance du dommage lorsque le titulaire de droits fondamentaux risque de voir engager sa responsabilité pénale. Il ne ressort toutefois pas clairement de la motivation de l'arrêt que la Cour estimerait qu'il soit *nécessaire* que le requérant ait connaissance d'un risque concret afin qu'il soit admissible de le condamner. La troisième conception, la plus exigeante sur le plan des principes, est celle des juridictions internes. La Cour l'évoque uniquement afin de vérifier si celles-ci se sont livrées à une appréciation raisonnable. Rien n'indique toutefois qu'elle l'ait faite sienne. Cette conception nous semble être la plus adéquate en droit pénal. Sous l'angle de la connaissance du dommage ou du risque de dommage, la position de la Cour mériterait donc également d'être clarifiée.

Dans un *obiter dictum* de l'arrêt commenté, la Cour déclare que son contrôle de proportionnalité doit varier en fonction du niveau de responsabilité susceptible de peser sur la personne visée. Ainsi, un particulier a moins d'obligation qu'un élu local¹⁰⁵, qui a, à son tour, moins d'obligations qu'une personnalité politique d'envergure nationale¹⁰⁶. La Cour a donc égard au poids et à la portée des paroles de la personne, ainsi qu'à sa capacité à accéder à des ressources adaptées permettant d'intervenir efficacement sur les plateformes de médias sociaux¹⁰⁷.

Cette question est cruciale dès lors que l'effet dissuasif d'un régime de responsabilité pénale à l'occasion du fait d'autrui, tel que celui qui est en cause, porte non seulement sur l'exercice de la liberté d'expression¹⁰⁸, mais aussi sur la candidature aux élections. Plus le degré d'exigence qui pèse sur un candidat est élevé, plus la probabilité est grande d'exclure des candidats qui n'appartiennent pas aux grands partis politiques ou qui viennent d'un milieu plus modeste. Selon nous, il conviendrait de déterminer si le candidat est assisté ou a les moyens d'être assisté d'une équipe de campagne suffisamment grande eu égard au nombre de réactions que suscitent habituellement ses publications. Il faudrait encore prendre en considération le soutien logistique et le finance-

¹⁰⁴ *Sanchez*, § 199 *juncto* § 32 : la Cour reconnaît que les juridictions internes ont, dans le cadre de leur marge d'appréciation, établi que le requérant avait une « connaissance » effective du dommage.

¹⁰⁵ À rapprocher de l'arrêt *Jeziar c. Pologne*, précité.

¹⁰⁶ Voy. déjà Cour eur. dr. h., arrêt *Mesić c. Croatie*, 5 mai 2022, § 104, et la suggestion qu'avait faite K. LEMMENS, *op. cit.*, p. 538.

¹⁰⁷ *Sanchez*, § 201.

¹⁰⁸ Cet aspect a été examiné par la Cour (*Sanchez*, §§ 184 et 205). Voy. aussi l'arrêt *Jeziar c. Pologne*, préc., § 60.

ment apporté par son parti politique. Afin d'évaluer la capacité de contrôle du candidat, il faudrait, en règle, prendre en considération une période donnée et pas uniquement le nombre de commentaires publiés en réponse au billet litigieux. En bref, il ne suffit pas d'avoir égard à l'envergure de la personnalité politique pour en inférer une responsabilité accrue.

Dans l'arrêt commenté, la capacité du requérant à surveiller les commentaires a fait l'objet d'un examen moins poussé que son expertise en matière de communication. Comme il est dit plus haut, la Cour reconnaît d'ailleurs qu'une telle surveillance demanderait des moyens considérables. Elle contourne toutefois cette objection en affirmant, d'une part, qu'en l'absence de responsabilité du producteur, le discours de haine serait facilité ou encouragé et, d'autre part, que le requérant avait en tout cas la capacité d'examiner les commentaires postés. Il nous semble toutefois qu'il aurait été pertinent de mettre en exergue le fait que le requérant se présentait à une élection législative, qu'il était membre d'un parti de taille moyenne (à l'époque) et que le second commentateur était attaché auprès de sa campagne électorale¹⁰⁹. Ce dernier élément, qui semble être un angle mort du raisonnement des juridictions nationales et de la Cour, aurait pu confirmer qu'il disposait d'une équipe de campagne et renforcer la présomption des juridictions internes – quelque peu audacieuse sans cela – selon laquelle le requérant avait connaissance des seconds commentaires. En revanche, un candidat qui ne dispose pas d'une équipe de campagne et des moyens d'un parti ne pourrait pas être soumis au même degré d'exigence. Le même type de raisonnement devrait être appliqué à l'activiste et au chercheur que nous évoquions plus haut¹¹⁰. À cet égard, le régime de responsabilité du producteur, qui ne fait aucune distinction en fonction du poids et de la portée des paroles de la personne et des moyens dont elle dispose, ne nous semble pas à l'abri de toute critique, même si son application dans le cas

¹⁰⁹ *Sanchez*, §§ 21 et 175.

¹¹⁰ Il en va à plus forte raison de même pour un citoyen lambda. Il nous semble qu'il faudrait *au minimum* que soit strictement démontré que celui-ci a été dûment informé de la publication des propos litigieux (avec confirmation de lecture de la notification, par exemple), que leur caractère haineux soit manifeste et qu'il soit prévisible qu'il s'expose à une sanction pénale. Une sanction pénale alternative à l'amende ou à la prison réduirait le risque que la condamnation soit jugée disproportionnée (voy. *infra*). Toutefois, dans ce cas, la mise en cause de la responsabilité de l'entreprise chargée de gérer le réseau social assurerait un meilleur équilibre entre les droits fondamentaux. En revanche, un régime qui obligerait les particuliers à surveiller activement les commentaires postés sur les pages internet qu'ils gèrent dans le cadre de leurs loisirs ne satisfait pas l'exigence de proportionnalité, à moins que cette page ne soit spécialement organisée pour attirer les commentaires haineux. Voy., par analogie, la situation dans laquelle une manifestation est structurée pour provoquer des perturbations : Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Kudreivičius e. a. c. Lituanie*, 15 octobre 2015, § 156 ; arrêt *Lashmankin e. a. c. Russie*, 7 février 2017, § 412.

d'espèce peut se justifier. En tout état de cause, un système de notification et de retrait du contenu illicite réalise, selon nous, un meilleur équilibre entre les droits fondamentaux en cause, notamment au motif qu'il risque moins de porter atteinte à la liberté d'expression de l'ensemble des utilisateurs de réseaux sociaux ou d'autres sites internet mettant à disposition des messages adressés par les internautes¹¹¹. En outre, le développement de l'intelligence artificielle pourrait également faciliter l'identification des discours de haine, bien que le risque d'une censure privée excessive ne puisse être écarté à ce stade¹¹².

Enfin, la Cour porte son examen sur les conséquences de la procédure pour le requérant. Dans l'affaire *Sanchez*, le requérant a subi une sanction de nature pécuniaire, à savoir une amende de 3.000 euros et un dédommagement pour préjudice moral de 1.000 euros. Eu égard au fait qu'un discours de haine est en cause, des sanctions pénales – y compris une peine de prison – et civiles peuvent être compatibles avec la liberté d'expression. La proportionnalité du montant de l'amende est évaluée au regard du fait que le requérant encourait une peine de prison et une amende d'un montant sensiblement plus élevé. La Cour relève que le requérant n'allègue pas qu'il a été dissuadé de faire usage de sa liberté d'expression ou que son parcours politique et sa relation avec les électeurs ont été entravés à la suite des arrêts rendus par les juridictions internes. En outre, il a été élu maire et il occupe des responsabilités au sein de son parti¹¹³.

La nature de la sanction pénale devrait, selon nous, avoir une incidence sur l'admissibilité d'une imputabilité large des responsabilités pour les discours de haine. Ainsi, des peines de prison et des peines d'amendes devraient conduire la Cour à procéder à un examen plus attentif tandis qu'une condamnation à suivre une formation relative à la gestion et la modération d'une page internet accessible au public ou à la prise en compte de la non-discrimination ou encore à une peine de travail d'intérêt général en lien avec la non-discrimination¹¹⁴ devrait plus aisément répondre au principe de proportionnalité¹¹⁵. Dans ces conditions, la personne condamnée pourrait acquérir des compétences

¹¹¹ Dans le même sens : J. VAN DE KERKHOFF, *op. cit.* Voy. aussi sur cette question C. ANGELOPOULOS et S. SMET, *op. cit.*, pp. 279 et 284-285.

¹¹² Voy. déjà, sur les questions actuelles : Y. RAZMETAeva, « Algorithms in the Courts : Is there any Room for a Rule of Law ? », *Access to Justice E. Eur.*, 2022, n° 4, pp. 87 et s.

¹¹³ *Sanchez*, §§ 205-208.

¹¹⁴ Sur le fait qu'il est douteux que les sanctions pénales (classiques) puissent, seules, changer les cœurs et les esprits des personnes concernées : A. BRÖDERICK, « Transforming Hearts and Minds concerning People with Disabilities : Viewing the UN Treaty Bodies and the Strasbourg Court through the Lens of Inclusive Equality », *Erasmus L. Rev.*, 2020, pp. 118-119.

¹¹⁵ La question de l'inscription au casier judiciaire devrait aussi être prise en compte.

supplémentaires, utiles à la bonne vie en société. Il serait dès lors plus acceptable d'élargir quelque peu, au-delà des grandes entreprises de médias et des personnalités politiques du niveau national, le cercle des personnes qui peuvent être tenues pour responsables à l'occasion des propos d'autrui.

En conclusion, il nous apparaît que la jurisprudence *Sanchez* devrait encore faire l'objet de clarifications concernant plusieurs points importants afin de mieux garantir l'équilibre des droits fondamentaux en cause.

La Revue est disponible en version numérique sur les sites :

www.lexnow.io



www.cairn.info



Conditions d'abonnement pour 2024

Édition

Anthemis

Abonnement

4 numéros par an

250 pages par numéro

Abonnement annuel (papier et électronique) : 268 € TVAC

Abonnement annuel Europe (papier et électronique) : 308 € TVAC

Abonnement annuel hors Europe (papier et électronique) : 348 € TVAC

Abonnement électronique : 214 € TVAC

Prix au numéro : 75 € TVAC

Commandes

Anthemis

Place Albert I, 9

B-1300, Limal

Belgique

T. : +32 (0)10 42 02 93

F. : +32 (0)10 40 21 84

abonnement@anthemis.be

Les années antérieures sont disponibles depuis l'origine (1990).

D/2024/10.622/4

ISSN : 2-0777-3579

Imprimé en Belgique

Éditeurs responsables : Marc-Olivier Lifrange et Anne Eloy

Sommaire

HOMMAGES À PIERRE LAMBERT

In memoriam – Pierre Lambert (1929-2024) par Frédéric Krenc	287
Pierre Lambert ou les droits de l'homme en action par Patrick de Fontbressin	289
Ne t'attarde pas à l'ornière des résultats (René Char) par Grégoire Jakhian	291
In memoriam – Pierre-Henri Imbert (1945-2023) par Emmanuel Decaux	293

DOCTRINE

Le 75^e anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme – Le fleuve et la source par Emmanuel Decaux	297
Les autorités locales et la mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme: une implication win-win par Élisabeth Lambert	307
Le plus impartial des deux: l'expert judiciaire ou le juge par Virginie Van Steenkiste	329

CHRONIQUE

Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (2023) par David Szymczak	357
Chronique sur la justice climatique en Europe (2023) par Delphine Misonne, Marta Torre-Schaub et Amélie Adam	429

JURISPRUDENCE

La persécution étatique d'un groupe religieux minoritaire devant la Cour européenne (obs. sous Cour eur. dr. h., arrêt Taganrog LRO et autres c. Russie, 7 juin 2022) par Petr Muzny	477
Le statut des couples de même sexe dans la jurisprudence strasbourgeoise (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt Fedotova et autres c. Russie, 17 janvier 2023) par Jean-Louis Renchon	497
La lutte contre les discours de haine après l'arrêt Sanchez: chacun est-il responsable de tous ? (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt Sanchez c. France, 15 mai 2023) par Youri Mossoux et Cécile Pietquin	523
Bibliographie	551
Revue des revues	565

